Introduction :

Aujourd'hui, les forces vives sont les capitaines d'industrie qui partent sans relâche à la conquête des marchés et du monde, pour le rayonnement de leur entreprise.

Ainsi, le délit d'abus de biens sociaux éclaire la route tel un phare qui rappelle à ces navigateurs qu'il ne faut pas confondre leur patrimoine propre avec celui du bateau entreprise.

Les capitaines sont maîtres à bord, mais ils doivent compter sur l'équipage et un certain nombre de règles qui permettent au navire d'avancer, pour cela, l'instrument roi, c'est la boussole, appelée ici, intérêt social.

L'entreprise est considérée comme une personne indépendante, le fait d'abuser de la personne, fut-elle morale constitue une faute pénale.

Cette notion d'intérêt qui a une importance considérable dans les sociétés fermées, dont le capital est détenu par quelques associés, et ou, très souvent, le dirigeant est associé majoritaire reste parfaitement valable dans de grands groupes.

Tous les groupements sont menacés par les indélicatesses de leurs dirigeants, mais avant adoption des lois sur les sociétés, la répression pénale était uniquement fondée sur la qualification d'abus de confiance.

Le délit d'abus des biens sociaux est, au sein du droit pénal des sociétés, le plus connu et le plus souvent réprimé.

Il se définit comme étant un délit qui incrimine le fait pour un dirigeant d'une société d'avoir détourné l'intérêt de l'entreprise vers leur intérêt personnel.

Historiquement, le délit d'usage abusif des biens ou du crédit de la société a été crée en France suite à l'affaire Stavisky, pour le décret-loi du 8 Août 1935.

Avant, les juges s'appuyaient sur l'ancien article 408 du code pénal qui traite de l'abus de confiance pour réprimer l'abus de biens sociaux.

Ainsi, l'abus de biens sociaux se présente comme une infraction qui complète l'abus de confiance. Ce dernier est généralement commis dans les sociétés de personne tel la société en nom collectif et la société en commandite simple, mais on parle d'abus de biens sociaux lorsqu'il est commit dans les sociétés de capitaux, tel la société anonyme.

L'abus de biens sociaux se distingue aussi de la banqueroute. Ce délit consiste en des faits de gestion frauduleuse par un commerçant, artisan ou agriculteur, ou par tout dirigeant d'une personne morale ayant une activité économique, et dont la poursuite nécessite l'ouverture préalable d'une procédure de redressement judiciaire. Donc le délit de banqueroute prévu à l'article 556 du code pénal, ne peut être poursuivit qu'après l'ouverture d'une procédure collective. Avant la cessation de payement, la jurisprudence considère que seul l'abus de biens sociaux peut réprimer les détournements effectués par les dirigeants.

Ainsi, l'ABS est une des « stars » des délits pénaux, et tous les dirigeants frissonnent à l'évolution de son nom. Cependant, ce délit a toujours suscité beaucoup de commentaires, car il n'a jamais été d'une clarté limpide, que ce soit sur prescription ou sur les actes constitutifs, les dirigeants, et même parfois les juristes, n'ont jamais eu une définition précise de l'ABS. Et l'intérêt social, clé de voute de l'ABS, demeure la problématique majeure.

Notre étude sera divisée en deux parties, la première traitera du fondement légal de l'ABS, et la deuxième, du dispositif répressif de ce délit.

PARTIE I : Le fondement légal de l'abus de biens sociaux :

Il précède la constitution de l'infraction d'abus de biens sociaux certaines conditions préalables qui seront traité dans la première partie, et qui contiennent les conditions liées à la qualité d'auteur de celle-ci et en second lieu les conditions liées à la forme de la société(A).
Par la suite on verra les éléments constitutifs de l'infraction qui sont d'une part l'élément matériel englobant la notion d'usage et l'atteinte à l'intérêt social et d'autre part l'élément intentionnel qui contient la mauvaise foi ou dol général ainsi que l'intérêt personnel (B).

A/ Les conditions préalables à la constitution de l'infraction :

1-Les conditions liées à la qualité d'auteur :

L'abus des biens sociaux est un délit de fonction, seuls les dirigeants sociaux de sociétés commerciales peuvent le commettre.
Les tribunaux doivent ainsi commencer par motiver leur condamnation en relevant l'exercice effectif des pouvoirs de direction par les personnes poursuivies et vérifier qu'elles possédaient déjà cette qualité ou l'avait encore lors des faits délicieux.

Ainsi les textes de loi marocains, précisent que sont punissable :
Dans les sociétés anonymes :
-Le président du conseil d'administration ;
-Administrateurs (si administrateur = personne morale, alors, alors responsable = représentant permanent) ;
-Directeur général ;
-Directeur général délégué ;
-Président du directoire,

-Membres du directoire ;
-Membre du conseil de surveillance (si membre du conseil de surveillance= personne morale, alors responsables= représentant permanent) selon l'article 384.

Dans les sociétés à responsabilité limitée : les gérants –personnes physiques-, (articles 107).
Les dirigeants de fait : ceux qui dirigent une société sans avoir été régulièrement investis par les organes sociaux du pouvoir de représenter la société.

Le liquidateur amiable dans la société anonyme et la société à responsabilité limité et la société en nom collectif conformément aux articles successivement selon l'article 423.

En droit français les textes précisent une liste beaucoup plus détaillé.

Dans les sociétés anonymes :
-Les présidents du conseil d'administration,
-Les administrateurs,
-Le directeur général,
- Le directeur général délégué,
-Le président du directoire,
-Les membres du directoire,
-Les membres du conseil de surveillance.

Dans les sociétés à responsabilité limitée (SARL et EURL) :
-les gérants (personnes physiques) ;

Dans les sociétés par actions simplifiées : les dirigeants et les présidents (personnes physiques ou morales) ;

Les dirigeants de fait : ceux qui dirigent une société sans avoir été régulièrement investis par les organes sociaux du pouvoir de représenter la société ;
Le liquidateur amiable(le liquidateur judiciaire qui commet des malversations sera poursuivi sur le fondement des infractions spécifiques le concernant prévues aux articles L 620-1 et suivants du code de commerce).

Certes ce délit est appliqué dans toutes les formes des sociétés précitées mais parfois il y a des exceptions. En fait, il existe deux types principaux d'exclusions du champ d'application du délit d'abus de biens sociaux : les exclusions liées à la forme sociale de l'entité au sein de laquelle les agissements sont commis et l'exclusion liées à une situation juridique particulière (sociétés non immatriculées, sociétés liquidées ; sociétés crées de fait et le délit alternatif d'abus de confiance).

2-Les conditions liées à la forme de la société :

Le délit d'abus de biens sociaux peut-il être commis dans toutes les sociétés ? Il serait logique, en effet, que la gestion frauduleuse y soit uniformément réprimée. Tel n'est toutefois pas le cas : le délit d'abus de biens sociaux ; qui ne figure pas dans le code pénal, est prévu par les dispositions propres aux sociétés au sein desquelles ce délit est réprimé.

Le délit d'abus des biens sociaux avait été instauré pour protéger les épargnants, ce qui explique qu'il n'ait pas été étendu à toutes les sociétés commerciales, notamment celles ayant un caractère personnel et fermé.

Cette situation a perduré puisque sous réserve du cas de certains agissements des liquidateurs le délit d'abus de biens sociaux n'est applicable qu'à certaines des formes sociales.

Le délit d'abus de bien sociaux n'a pas été institué pour l'ensemble des sociétés, il est limité, c'est-à-dire lorsqu'il concerne les dirigeants, aux sociétés suivantes : les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés par actions simplifiées.

C'est l'ensemble des sociétés à risque limité qui sont concernées par cette infraction.
Au contraire, les sociétés en nom collectif, mais aussi les sociétés en commandite simple, sociétés civiles autres que les sociétés civiles de placement immobilier,
Associations, les groupements agricoles ou les groupements d'intérêt économiques, ne sont pas concernées par cette infraction.

<u>B/ Les éléments constitutifs de l’infraction.</u>

L’ABS se caractérise par un élément matériel qui est l’usage par le dirigeant social des biens du crédit de la société, et par un élément moral, à savoir la mauvaise fois de l’auteur qui agit à des fins personnelles directes ou indirectes.

1-L'élément matériel

Le comportement incriminé par le législateur (l'article 384 de la loi 17-95, de même que l'article 107 de la loi 5-95) constitue en un usage contraire à l'intérêt social.

Il convient donc d'analyser successivement la notion d'usage des biens, et la contrariété à l'intérêt de la société.

a- l'usage est avant tout l'appropriation ou la dissipation des biens sociaux. L'exemple du dirigeant disposant, à son profit personnel de sommes revenant à la société, en s'octroyant des rémunérations abusives ou des avantages. De même la simple utilisation, et/ou le simple acte d'administration suffisent. Et conne il n'est pas nécessaire qu'il y ait appropriation des biens sociaux pour constituer le délit d'ABS, la restitution des sommes utilisées ne fait pas disparaître le délit.

L'acte punissable peut donc être un acte juridique (un contrat, un emprunt….etc.) ou un acte matériel (usage irrégulier d'une automobile de la société). L'usage vise donc le patrimoine mobilier ou immobilier de la société.

En définitive, on peut dire que l'idée de l'usage abusif de biens sociaux est celle d'une confusion entre le patrimoine de la société et le patrimoine propre de ses dirigeants.

La jurisprudence française a étendu la notion d'usage, en décidant que l'usage peut résulter d'une omission d'agir de la part du dirigeant social (cass. crim. 15 Mars 1972, Bull .crim. N° 107) .

De même, la régularité formelle de l'acte, au regard du droit commercial, n'empêche pas la répression (ex : la rémunération excessive du dirigeant : la fait que le conseil d'administration ou même l'assemblée générale ait voté ou approuvé ce salaire ne lui enlève pas son caractère délictueux).

b- l'usage abusif doit être contraire à l'intérêt social, c'est-à-dire l'intérêt de la personne morale, qui demeure distincte de ses membres.

La notion d'intérêt social est une des notions fondamentales dans l'essence même de l'organisation et de la gestion de l'entreprise. Par ailleurs, il n'y a pas de définition spécifique de cette notion, car le législateur ne la prévoit pas.

Alors, s'agit-il de l'intérêt des seuls rapporteurs de capitaux ? ou de l'intérêt de l'entreprise dans toutes ses compétences, y compris les salariés et les créanciers sociaux.

La cour de cassation française apporte des réponses contradictoires : d'une part elle tend à élargir l'intérêt social pour en faire celui de l'entreprise, de telle sorte que la répression soit assurée malgré l'inertie de la société. D'autre part, la chambre criminelle rétrécit l'intérêt social à celui des seuls associés en refusant aux salariés et aux créanciers, victimes des abus des dirigeants, le droit de se constituer partie civile.

En outre, les juges pénaux ont des difficultés à motiver l'absence d'intérêt social, car l'usage contraire à l'intérêt social de la société est difficile à définir en lui-même. Il nécessite de prendre en considération l'impact positif ou négatif que peut avoir la décision d'un dirigeant sur l'activité et l'avenir de la société.

Ainsi, non seulement il y a atteinte à l'intérêt social dès que la société éprouve un préjudice matériel, mais encore les tribunaux vont beaucoup plus loin en considérant comme délictueux tout acte qui fait courir un risque anormal au patrimoine social. Il ne faut pas se contenter des seuls résultats, mais également prendre en considération les perspectives d'avenir et l'idée que s'en faisait le dirigeant social.

La seule autorité compétente pour apprécier la non-conformité de l'usage de l'intérêt social est le tribunal. Toute la difficulté de l'élément matériel de l'ABS porte sur la notion de l'intérêt social.

En plus de l'élément matériel, la réunion d'un dol général et d'un dol spécial est nécessaire.

2-L'élément moral :

a- **Dol général** :

La bonne foi ou la mauvaise foi du dirigeant poursuivi n'est pas toujours facile à déterminer. En principe la bonne foi se présume. La loi subordonne la culpabilité du prévenu à sa « mauvaise foi ». Pour la jurisprudence, cela se résume à la simple conscience chez le dirigeant qu'il est en train de réaliser un acte contraire à l'intérêt social. Ainsi, la mauvaise foi du dirigeant peut résulter d'une imprudence ou d'une négligence. Le plus souvent, ce dol général consiste en une faute intentionnelle classique. D'une manière générale, pour constituer un ABS, le dirigeant doit avoir la volonté de commettre le délit tel qu'il est défini par la loi, et la conscience d'enfreindre la loi.

b- **Dol spécial** :

la loi exige que les dirigeants aient agi « à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement ». En effet tout acte d'un dirigeant est par essence, motivé en partie, par son intérêt personnel. Cependant, il ne faut que l'intérêt personnel aille à l'encontre de l'intérêt social. Cette condition supplémentaire a pour finalité d'éviter une répression automatique qui se satisferait d'une avidité omniprésente dans la vie des affaires.

La recherche de l'intérêt personnel peut être directe, ou indirecte. Elle est directe lorsque le dirigeant s'enrichit seul au détriment de ses associés, d'un tiers. Elle est indirecte si le délit a pour but de favoriser une société ou une entreprise dans laquelle le dirigeant est intéressé directement ou indirectement (ex le dirigeant d'une société de construction qui est propriétaire aussi d'une usine de briques, et qui fournit celles-ci à prix cher à son société).

La jurisprudence française a élargi la notion d'intérêt personnel, qui ne doit pas être entendu au sens purement patrimonial (l'exemple des ambitions politiques du dirigeant, candidat à une élection, qui utilise la structure sociale (la société) pour soutenir sa candidature.)

PARTIE II : Le dispositif répressif de l'ABS

A/ Elargissement du champ répressif ;

1- **Déclenchement de l'action** :

Au nom de la société, le ministère public une fois qu'il a en connaissance de l'infraction doit intenter une action publique contre le dirigeant –délinquant- afin de faire condamner a une peine pénale.

En revanche, le délit d'ABS lèse aussi bien les intérêts de la société que ceux des associés. C'est pourquoi le législateur a prévu pour ces victimes la possibilité d'intenter une action civile.

Ainsi, la société première victime des abus peut exercer l'action dite sociale par l'intermédiaire de son représentant légal, ou par un ou plusieurs actionnaires, qui ont mandat dans ce sens (article 352 de la loi 17-95).

De même, les actionnaires qui estiment avoir subi un préjudice personnel peuvent demander sa réparation par une action civile en donnant mandat dans ce sens à un ou plusieurs d'entre eux.

Cependant, des créanciers sociaux ne sont pas admis à agir en action civile en raison d'un préjudice indirect conséquent à un abus de biens sociaux.

2- **Les personnes visées par la répression**.

a- Le coupable ;

C'est l'auteur de l'infraction. S'agissant du délit d'ABS, la loi incrimine les dirigeants sociaux. Il s'agit des membres des organes d'administration de direction ou de gestion.

Ainsi, sont considérés comme coupables, aussi bien les dirigeants de droit que les dirigeants de fait.

La tentative du délit d'ABS n'est pas punissable. En effet l'ABS suppose que le délinquant ait à sa disposition l'objet convoité, ce qui n'est pas possible en cas de tentative.

Les dispositions pénales de la loi 17-95 sur la société anonyme prévoient à l'encontre des auteurs du délit des peines importantes, à savoir un emprisonnement d'un à 6 mois et une amende allant de 100.000 dh à 1.000.000 dh.

Ces peines, en apparence lourdes, n'ont pourtant pas limité le nombre de condamnations pour abus de biens sociaux ces dernières années. Même si les sanctions financières sont plus au moins dissuasives, le profit réalisé par le prévenu lui permet certes de provisionner par avance le mondant de l'amende.

De plus, une interdiction de gérer ne peut être prononcée à titre complémentaire comme c'est le cas pour les infractions de droit comme telle que le vol ou l'abus de confiance (article 38 de la loi 17-95, modifié par la loi 20-05).

b- **<u>Le complice</u> ;**

Le complice d'un abus de biens sociaux et du crédit est punissable sous les conditions du droit commun, c'est-à-dire qu'il doit avoir en connaissance des éléments de l'infraction pénale reprochée à l'auteur principal, et commettre des actes positifs.

La complicité d'abus de biens sociaux exige donc la connaissance au moment de l'acte incriminé que celui-ci était contraire à l'intérêt de la société, ou l'exposait à un risque de perte.

C’est ainsi l’exemple de l’administrateur qui a participé à la délibération du conseil d’administration ou qui a organisé et fait fonctionner une caisse noire, ou du tiers qui atteste faussement dans un acte notarié avoir fait un versement dans la caisse sociale.

Après avoir étudier l'élargissement du champ répressif de l'abus de biens sociaux ce qui nous a permit d'appréhender le déclenchement de l'action ainsi que les personnes visées : le coupable et le complice.
On va traiter au niveau de la deuxième sous parties la charge de la preuve et par la suite la prescription extinctive du délit d'abus de biens sociaux.

B/ La charge de la preuve et la prescription de l'abus de bien sociaux :

1-La charge de la preuve :

La charge de la preuve pèse, en principe, sur la personne qui agit. En droit civil il est prévu que: « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».

De même, en droit pénal, le principe est que la preuve doit être rapportée par le parquet, ou par la victime si elle se constitue partie civile. Ainsi, c’est la partie poursuivante qui doit établir les éléments constitutifs de l’infraction d’abus de biens sociaux et l’absence de tous les éléments susceptibles de la faire disparaître.

D’ailleurs, de la garantie essentielle de la présomption d’innocence découle que, si un doute subsiste quant à la culpabilité du prévenu, la relaxe s’impose.
Cependant, la Chambre criminelle de la Cour de cassation semble renverser la charge de la preuve en posant une présomption de culpabilité du dirigeant dans

le cas de prélèvements occultes. En effet, de deux décisions, il ressort clairement que dès lors qu’il est établi que des fonds de nature sociale ont été prélevés clandestinement, c’est au dirigeant qu’il incombe de prouver qu’ils ont été employés pour le compte et dans l’intérêt de l’entreprise. Ainsi, il impartit au dirigeant de démontrer qu’il a utilisé la « *caisse noire* » dans l’intérêt commun de tous les associés. Alors que ces décisions ont été vivement critiquées par la doctrine, Monsieur Bernard Bouloc rétorque que « *le dirigeant n’avait qu’à satisfaire aux exigences légales tracées par la loi comptable, qui impose non seulement une inscription des recettes et des dépenses, mais encore des justificatifs sérieux de la réalité des opérations* ».

2- La prescription extinctive de l'abus de biens sociaux :

La prescription est un mécanisme de pardon légal, car elle puise sa source et son fondement dans la nature même des choses. On sait que le temps émousse tous : souvenirs, indignations, ressentiments. Et par voie de conséquence, l'évidence de la nécessité de la sanction, à mesure que s'éloigne le fait incriminé.

A l'exception des crimes contre l'humanité, toutes les infractions peuvent se préscrire.la prescription pénale est un instrument de politique pénale, elle a pour effet d'éteindre l'action publique.

Lorsque la prescription est acquise, les personnes ayant participé à la commission de l'infraction ne peuvent plus être poursuivies. C'est en fait une façon de transformer de vrais coupables en innocents, légalement.

En vertu de l’article 371 du Code des Obligations et Contrats, « *la prescription est un moyen d’acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi* ».

Le DOC fait le départ entre la prescription acquisitive et la prescription extinctive. Seule cette dernière nous intéresse ici. Elle est le moyen légal de se libérer d'une charge et constitue un véritable droit à l'oubli. De toute façon, une répression trop tardive perd sa signification et son utilité.

La faculté de réparer les omissions ou insuffisance d'imposition ne peut être exercée que dans un certain délai fixé par la loi et à l'expiration duquel il a prescription.

Le législateur marocain quand à la jurisprudence ont tout les deux négligé la prescription du délit d'abus de biens sociaux, cela nous pousse à se référer à la jurisprudence française qui est riche en la matière.

Le débat sur le point de départ de la prescription de l'abus de biens sociaux est l'objet d'un véritable feuilleton qui dure depuis plus de quinze ans et a fait l'objet de remboursements importants au cours des dernières années.

Quels sont les termes du problème ?

L'abus de biens sociaux est par nature, une infraction instantanée qui est constituée à chaque foi qu'un dirigeant utilise à des fins personnelles les moyens de la société de manière contraire à son intérêt social.

Pour ce délit c'est la prescription triennale de droit commun qui s'applique.
Le point de départ de la prescription triennale devrait, dans ces conditions, être fixé au jour de la commission des faits délictueux.
En principe, celle-ci commence à courir au jour de la réalisation matérielle du délit, c'est-à-dire jour au jour de l'accomplissement de l'acte délictueux.

Toutefois, parce que l'abus de biens sociaux s'accompagne le plus souvent de manœuvres visant à masquer les détournements, la chambre criminelle dans son célèbre arrêt du 10 aout 1981, s'appuyant sur les solutions adoptées en matière d'abus de confiance, a repoussé de manière contra legem, le point de départ de la prescription, "au jour ou le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique".

Depuis, un arrêt de la chambre criminelle du 5 mai 1997 est venu préciser "la prescription de l'action publique du chef d'abus de biens sociaux court, sauf dissimulation, à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont mises à la charge de la société".

Ainsi, les textes relatifs à l'abus de biens sociaux font de lui un délit instantané, l'infraction se réalisant par une action ou omission qui s'exécute en un trait de temps, quand bien même ses effets se prolongeraient.

Néanmoins, dans un autre arrêt de principe du 7 décembre 1967, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que le point de départ de la prescription doit être fixé au jour où ce délit est apparu et a pu être constaté.

Cette position a été confirmée à plusieurs reprises.
Ainsi, les juges du fond connaissent un pouvoir souverain d'appréciation pour fixer le point de départ du délai de prescription.

Encore faut-il que cette date ne soit pas hypothétique.
Alors que la solution de l'arrêt du 7 décembre 1967 présentait l'avantage de n'apporter qu'une exception limitée à la règle, la Chambre criminelle décida d'aller plus loin en considérant que « *le point de départ de la prescription doit être fixé, s'agissant du délit d'abus de biens sociaux, du jour où il est apparu et*

a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique".

L'abus de biens sociaux est ainsi devenu une infraction imprescriptible. Cette imprescriptibilité de fait a provoqué beaucoup d'émoi et continue à le faire dans le monde politique. Cela est sans doute du à l'émergence d'un certain nombre d'affaires. « *Nous assistons à de véritables aberrations*, affirmait Monsieur Pierre Mazeaud, le président de la commission des lois de l'Assemblée Nationale. *La jurisprudence a transformé les abus de biens sociaux en infractions imprescriptibles. Cette situation n'est pas normale : il ne faut pas qu'une épée de Damoclès pèse indéfiniment sur ceux qui ont commis de tels délits.*

Pendant longtemps, la cour de cassation a laissé aux juges du fond le soin d'apprécier l'existante ou non d'une dissimulation, leur donnant ainsi la possibilité de fixer, à leur guise, le point de départ concret de la prescription.

En raison de l'insécurité juridique produite par cette faculté, rendant impossible la fixation objective du point de départ de la prescription, la cour de cassation a décidé de contrôler les éléments permettant d'apprécier l'existence d'une dissimulation.
La chambre criminelle précisé ainsi que la dissimulation existe, et persiste, aussi longtemps que les actionnaires ne reçoivent pas une information complète, ou du moins suffisante, pour pouvoir découvrir par eux-mêmes les actes ayant porté atteinte a l'intérêt social.

En exigeant des juges d'appel qu'ils motivent leurs arrêts en précisant les éléments objectifs leur permettant de retenir ou a écarter l'existence a une

dissimulation, la cour de cassation reprend le contrôle de cette notion essentielle qui permet de marquer le point de départ de la prescription de l'action publique.

BIBLIOGRAPHIE

Texte législatif :

 Loi n° 17-95 relative aux Sociétés Anonymes

Ouvrages spéciaux :

 Le nouveau droit pénal des sociétés au Maroc : LAZRAK Rachid, Editions La Porte, 1997

 L'abus de biens sociaux : A l'épreuve de la pratique : Eva Joly et Caroline Joly-Baumgartner, édition economica.

Abus de biens sociaux banqueroute : Géraldine Danjaume, Editions l'HERMES